

## ŞÜPHE NEDENİYLE FESHİN SINIRLARI

İsmail KARAPINAR\*

### I. GİRİŞ

Bir suç veya bir cürüm ve kabahat zanlı işçinin hizmet akdinin haklı nedenle feshi için önemli bir sebep olabilir. Zira işverenin güveni, zanlı işçiyi istihdam etmesi beklenemeyecek derecede sarsılmış olabilir.

Bir suç şüphesinin bir fesih bildiri sebebi teşkil edip edemeyeceği çok tartışmalı bir konudur. Sorunu olumsuz cevaplandırılanlar bulunmakla birlikte, özel sebepler bir başka çözümü haklı çıkarabilmektedir. Şayet şüphe özellikle ağır, ciddi ve âcil ise ve böylece işverenin güveni suçlanan işçiyi çalıştırması beklenemeyecek derecede sarsılmışsa, artık işveren zanlı işçiyi işinden çıkarabilmelidir. Genellikle ilmi ve yargısal içtihatlar şüphenin ağır ve âcil olması, işverenin güvenini hizmet sözleşmesinin devamını bekleyemeyecek derecede sarsması halinde bir suç şüphesini özel durumlarda süresiz fesih bildiri için önemli ve haklı bir sebep olarak kabul etmektedir.

Hernekadar şüphe, kelime olarak bir kuruntu, kuşku ve tereddüt anlamına gelmekte olup şüphe edilen durumun gerçekleşip gerçekleşmediği, işçinin sözkonusu fiili işleyip işlemediği henüz kesin olarak bilinmemekte ise de, bazı hallerde olayın ve çalışılan yerin özelliği, işçinin daha önceki yaşantısı, tutum ve davranışları, işyerindeki pozisyonu ve mevkiinin önemi aleyhine şüpheyi kuvvetlendirici bir kârîne teşkil etmekte ve belirli koşullar altında<sup>1</sup> şüphenin hizmet sözleşmesinin feshi için haklı ve önemli neden sayılmasını gerektirmektedir. Ancak şüphe sonradan çü-

\* Yard. Doç. Dr.; Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

1 Şüphe nedeniyle feshin koşulları için bkz. İsmail Karapınar, Hizmet Akdinin Şüphe Nedeniyle Feshi ve Sınırları, Bursa 1984, s. 54 vd. (yayınlanmamıştır). Yargıtay'a göre, hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi için işçinin fiilinin, yani doğruluk ve bağlılığa aykırı, sadakat borcuna uymayan davranışının Ceza Kanunu açısından bir suç sayılması gerekmemektedir (kşl. Y. 9. HD., 14.3.1972, e.2407, k.6367); Örn. bekçilik işi yapan bir işçinin görev esnasında uyuması, işverene ait aracın yalan beyanla alınarak kullanılması gibi (bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. Kenan Tunçomağ, İş Hukuku, Cilt I, İstanbul 1981, s. 353 dn. 29 ve 30; ayrıca bkz. Münir Ekonomi, İş Hukuku, Cilt I, İstanbul 1976, s. 190 dn. 460).

rütülürse, işverenin dürüstlük kuralı (MK. m.2; BGB. m. 242) uyarınca aklanan işçiyi tekrar işe alma yükümü doğmaktadır<sup>2</sup>.

Hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshinin koşulları işveren yönünden İşK. m.17'de düzenlenmiştir. Haklı nedenle feshin koşulu, fesih bildirim süresinin sonuna kadar hizmet ilişkisinin devamını sözleşmeyi fesheden bakımından beklenemez ve çekilemez yapan olayların bulunmasıdır. Şu halde işveren, istihdamın devamının beklenemez ve çekilemez görünecek derecede iş ilişkisini ve güveni sarsan olayları kanıtlamak zorundadır.

Alman Hukukunda haklı ve önemli nedenle fesihden önce işletme (işyeri) kurulu dinlenmeli ve onayı alınmalıdır; aksi halde fesih bildirim geçersiz olmaktadır. (Betr-VG. m.102/I). Türk Hukukunda ise, hizmet akdini haklı nedenle feshetmek isteyen işverenin fesih iradesini sadece karşı tarafa bildirmesi yeterli sayılmakta, bu hususta herhangi bir kurulun onayını alması gerekmemektedir<sup>3</sup>.

Ancak 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren işverenin hizmet akdini feshetme yetkisi sadece Milli Güvenlik Konseyi'nin 3, 72 nolu kararları ve 15 nolu bildirisini ile sınırlandırılmıştır<sup>4</sup>. Fakat MGK'nin sözü edilen kararları ve bildirimleri, yeni TBMM'nin çalışmaya başlaması ile yürürlükten kalkmıştır (AY. geçici m.3). Bu nedenle sözkonusu yasağın uygulanması sadece Sıkıyönetim Komutanlarının takdirine bağlı bulunmaktadır<sup>5</sup>. Ayrıca işverenin fesih hakkı SK. m.31 ile İşK. m.13/C de yer alan sendikal faaliyet ve üyelik teminatı ve SK. m. 30'da düzenlenmiş bulunan işyeri sendika temsilcilerinin teminatı ile de sınırlandırılmıştır. Aynı şekilde TSGLK. m.42 de yer alan hükümler de fesih hakkını sınırlandırmaktadır.

## II. ŞÜPHE NEDENİYLE FESHİN ANLAMI

Genel olarak fesih bildirim, iş ilişkisini gelecek için derhal veya belirli bir sürenin geçmesinden sonra doğrudan doğruya sona erdiren, tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanıdır<sup>5a</sup>. İş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin irade beyanı, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan açıklandığı anda hukuki sonuç doğurur<sup>5b</sup>.

Şüphe, kelime olarak bir kuruntu, kuşku ve tereddüt, zihnin bir şey için var ya da yok diyemeyip duraksaması anlamına gelmekte olup, özel durumlarda bir suç şüphesi süresiz fesih bildirim için haklı ve önemli bir sebep teşkil etmektedir. Buna

- 2 Kşl. Hueck/Nipperdey, Crundriss des Arbeitsrechts, 5. Auflage, Berlin und Frankfurt A.M. 1970, s. 119; L. Brand, Die Verdachtskündigung, RIA, 1965, s. 148 vd.
- 3 Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. İ. Karapınar, a.g.e., s. 3 dn. 1 ve 2.
- 4 Kşl. Tekstil İşv. D., sy. 58, 1982, s. 20; Türk-İş, A.E.M. Dergisi, sy. 166, Ocak 1983, s. 32.
- 5 Bkz. Türk-İş, A.E.M. Dergisi, Mart-Nisan 1984, s. 18.
- 5a Kşl. N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 5. Bası Vize 1980, s. 148; Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht im Betrieb, 6. Auflage, Heidelberg 1970, s. 623, 644; E. Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhaeltnis, 3. Auflage München 1977, s. 1; Ayrıca bkz. Karapınar, s. 6.
- 5b Bkz. Y. 9. HD., 6.6.1984, e. 1984/5411, k. 1984/6172 (İşveren Dergisi, Sayı 6, Cilt: XXIII, Mart 1985, s. 11 vd.).

göre şüpheden dolayı fesih, sözleşmeye ağır bir aykırılık, ciddi bir sözleşme ihlali veya bir suç şüphesi sebebiyle hizmet akdinin derhal feshi, süresiz (veya istisnaen süreli) fesih bildirimini anlamına gelmektedir<sup>6</sup>.

Şayet hafif suçlar (örn. trafik suçları) sözkonusu değilse, iş ilişkisi sırasındaki suçlar kural olarak süresiz fesih bildirimini haklı göstermektedir<sup>7</sup>.

Alman Federal İş Mahkemesinin yerleşmiş içtihadına<sup>8</sup> göre, bir emniyeti suistimal, inancı kötüye kullanma veya bir suç şüphesi zanlı işçinin derhal işinden çıkarılması, süresiz fesih bildirimini için haklı ve önemli bir sebep olabilmektedir. Ancak böyle böyle bir şüpheden dolayı fesih bildirimini için haklı olabilmesi için şüphenin, iş ilişkisinin devamı açısından işçinin şahsına duyulan gerekli güveni sarsması veya başka biçimde iş ilişkisinin devamını çekilemez hale getirmesi gerekmektedir<sup>9</sup>. Esasen ağır ve ciddi bir suç veya ağır bir sözleşme ihlali şüphesi örn. rekabet yasasının ihlali şüphesi, ticari sırların üçüncü kişilere açıklanması şüphesi veya hastalık taslama şüphesi istisnaen süresiz fesih bildirimini (derhal fesih) haklı gösterebilmektedir<sup>10</sup>.

### III. ŞÜPHE NEDENİYLE FESHİN GENEL SINIRLARI

#### 1. Hukukun Genel İlkeleri ve Yargıcin Takdir Hakkı

Özellikle fesih bildirimini sebebinin haklı ve önemli olup olmadığı incelenirken, genellikle beklenebilirlik, çekilemezlik, tahammül edilemezlik, dürüstlük kuralları, hâkimin takdir hakkı (MK. m.4, m. 1, cüm. 2), hak ve adalet kuralları ve hukukun genel prensipleri gözönünde tutulacaktır<sup>11</sup>. Fesih bildirimini ile ilgili bireysel somut olayda haklı ve önemli bir sebebin varlığı hakkında yargıcin takdirine göre, hak ve adalete uygun olarak karar verecektir (MK. m. 4).

Şayet ağır bir suç şüphesine maruz kalan bir işçi bu şüpheden dolayı işinden çıkarılmak isteniyorsa, herhalde önce işçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlerini ihlal ettiğinin kanıtlanmış olup olmadığı aydınlatılmalıdır. Bunun için şüphenin bir işletme (işyeri) ile ilgili bir suçta veya bir hizmet harici fiile ve suçta dayanıp dayanmadığının ve şüphenin meydana gelmesi, oluşması veya aydınlatılması ile ilgili olarak sanığa kusurlu bir davranışın isnat edilip edilmediğinin saptanması ve açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Eğer fesih bildirim diğer durumlarda sadece objektif ağır bir şüpheye dayandırılabilirse, bu takdirde işverenin zanlıya olan güveni tamamiyle sarsılmış olmalıdır. Böyle bir güven sarsılması şüpheden dolayı işveren tarafından akla uygun muhakemesi ve makul biçimde değerlendirilmesi sırasında yalnız işçinin şüpheye kusuru ile sebep olması veya ceza kovuşturması yapan resmi

6 Kşl. G. Schaub, Arbeitsrecht, 5. Auflage, München 1975, s. 217.

7 Kşl. F. Grüll, Kündigungsrecht im Arbeitsverhaeltnis, 1. Auflage, Heidelberg, 1976, s. 52.

8 Kşl. BAG, BB, 1964, s. 1046.

9 Kşl. Bleistein, Kündigung und Kündigungsschutz, Berlin, 1970, s. 98.

10 Kşl. R. Schwedes, Einstellung und Entlassung des Arbeitnehmers, Freiburg, İ. Br., 1970, s. 126; Schaub, a.g.e., s. 217.

11 Kşl. E. Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auflage, Bern, 1976, s. 252.

makamların araştırma ve incelemelerini boşa çıkarmaya ve önlemeye teşebbüs etmesi halinde meydana gelebilir. Şu halde esasen bir suç şüphesi nedeniyle fesih bildiriminde böylece kusurlu bir davranış şartının kavram gereği katılması gerekmektedir. Herne kadar baskın görüşe göre, tamamiyle kusursuz şüphe halinde de bir işten çıkarma mümkün ise de, bu konuda yargısal içtihat şüpheye dayanan fesih bildiri hakkında ancak son derece az örnekler bulunabilmektedir. Kusursuz şüphe nedeniyle fesih bildiriminde işçinin süresiz fesih bildiri ile işinden çıkarılıp çıkarılmayacağı somut şüphe olayının koşullarına bağlı olmaktadır. Fakat bu, modern sosyal görüşlere hemen hemen hiç uymamaktadır. Bundan dolayı suçlanan işçinin geçici işten uzaklaştırılması, sosyal bakımdan daha uygun bir tedbir olarak tercih edilmelidir. Zira aklanan bir işçinin yeniden işe iadeyi talep hakkı sorunu açısından da bu görüşün akla uygun, insafı ve adilane bir sonuca götüreceği kuşkusuzdur.

## 2. Sosyal Hakkaniyet Kriteri

Alman hukukunda fesih bildiriminin sosyal bakımdan haklı olması gerekmektedir. Zira sosyal yönden haksız olan fesih bildirimleri yasaya aykırı kabul edilmektedir. Örn. işçinin şahsından ve davranışından doğan sebeplerle işçinin işletmede işe devamına engel teşkil eden acil işletme zorunlukları fesih bildirimini sosyal yönden haklı kılan sebeplerdir. Bu sebeplere dayanmayan fesih bildirimleri geçersizdir. Hizmet sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçi, feshin sosyal yönden haksızlığının ve iş sözleşmesinin devam ettiğinin saptanmasını feshin tebliğinden itibaren üç hafta içinde iş mahkemesinden isteyebilir (KSchG. m.4). Bu hak düşürücü süre içinde dava açılmazsa fesih bildiri geçerli sayılmaktadır. Ayrıca işçi fesih bildirimini tebliğinden itibaren bir hafta içinde işletme (işyeri) kuruluna da başvurabilir (KSchG. m.3). İşletme kurulu itirazı haklı görürse, işçi ile işvereni uzlaştırmaya teşebbüs eder. Ancak kurul kararı bağlayıcı değildir.

Feshe Karşı Koruma Yasasına göre, işveren feshin sosyal bakımdan haklılığını kanıtlamak zorundadır (KSchG. m.1/II nr. 2 b son cüm.). Mahkeme feshin sosyal yönden haksızlığını ispat ederse, fesih bildiri başlangıçtan itibaren geçersiz sayılır ve iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği kabul edilir (KSchG. m.8). Ayrıca işçi, çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan tüm haklarını talep edebilmektedir (KSchG. m.11). Böylece yasada öngörülen fesih bildiri sebepleri dışında bir nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçinin, yasaya aykırılığının mahkemece tespiti halinde işyerine dönmesi mümkün olmaktadır.

## 3. Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması Teorisi

Hizmet sözleşmesini feshetme hakkı bazen sosyal amacından saptırılmış veya karşı tarafa bir zarar vermek kasdına bağlı olarak "kötüye" kullanılmış olabilir. Hukuka ve adalete aykırı böyle bir davranışa izin verilmesi sözkonusu olamayacağı gibi, bunu önleyici ve sonuçlarını giderici etkin tedbirlerin de alınması gerekmektedir. Nitekim hakların objektif iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanılmasını emreden hükümler (MK. m.2) yanında, fesih hakkı yönünden yaptırım da belirtilmek suretiyle İşK.nunda özel olarak düzenlenmiştir (İşK. m.13/C III). Buna göre, hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren durumlarda bildirim sürelerine ilişkin ücretlerin üç katı tutarında tazminat (kötü niyet tazminatı) ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Ancak kendisine karşı fesih hakkının kötüye kullanıldığını iddia eden taraf bu iddiasını ispat etmek zorundadır<sup>12</sup>.

Bir hakkın kötüye kullanılmasından sözedebilmek için, hukuken tanınmış bir hakkın varlığı, hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması (MK. m.2) ve hakkın kullanılmasından karşı tarafın zarar görmesi veya bir zarar tehlikesinin yaratılmış olması gerekmektedir. Aynı şekilde iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için de, iş sözleşmesini fesih hakkının varlığı, iş sözleşmesini fesih hakkının objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanılmış olması ve iş sözleşmesini fesih hakkının kullanılmasından karşı tarafın zarar görmesinin gerekmemesidir. Şu halde hakkın kötüye kullanıldığına hükmedebilmek için hakkın kullanılması sonunda karşı tarafın bir zarar görmesi veya bir zarar tehlikesinin yaratılması gerektiği kuralı, iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılması halinde geçerliliğini yitirmektedir. Zira işverenin bu konuda ödemekle yükümlü tutulduğu tazminat (İşK. m.13/C III; DZİŞK. m.16/D II) götürü ve kesin bir miktar olarak düzenlenmiştir. Gerçekten fesih hakkını kötüye kullanan işveren, işçinin bildirim süresine ilişkin ücretinin üç katını kötü niyet tazminatı olarak ödemek zorunda olup, bunun için işçinin ayrıca bir zarara uğramış olması gerekmemektedir. Bu nedenle, işçi herhangi bir zarara uğramasa da, örn. işveren tarafından hizmet akdinin feshinden sonra hemen yeni bir iş bulmuş olsa bile, iş yasalarında düzenlenen götürü tazminatı isteyebilecektir. Burada işçi sadece işverenin fesih hakkını kötüye kullanmış olduğunu ispatlayacak, buna karşılık zararının varlığını ve miktarını kanıtlamak zorunda değildir<sup>13</sup>. Şayet işçi işverenin fesih hakkını kötüye kullanması sonucunda kötü niyet tazminatını aşan bir zarara uğradığını iddia ediyorsa, artık bu zararı ispatlamak zorundadır (İşK. m.13 son fıkra)<sup>14</sup>.

#### a) Hakkın Kötüye Kullanılmasının Yaptırımı:

MK. m.2/II de bir hakkın kötüye kullanılmasının yasa tarafından korunmaya çağı açıkça belirtilmiş olup, bundan hakkını kötüye kullanan davacının talebinin, hakkını kötüye kullanan davalının ise def'i ve itirazlarının dikkate alınmaması anlaşılmaktadır. Şu halde hakkını kötüye kullanan, hakkını bu yönde kullanmakla ulaşmak istediği amacı elde edemeyecektir<sup>15</sup>.

Ancak iş sözleşmesinin kötü niyetle feshinde olduğu gibi birçok hallerde hakkın kullanılmasıyla ulaşılmak istenen amaç elde edilmiş ve hukuki sonuç meydana gelmiş olabilir. Bu durumlarda, yasada özel bir yaptırım öngörülümüşse, bu müeyyide uygulanacaktır. Nitekim İşK. m.13/C III, DZİŞK. m.16/D II ile SK. m.31/VI ve SK. m.30 fık.1 de iş sözleşmesini fesih hakkının işveren tarafından kötüye kullanılması özel bir yaptırıma bağlanmış olup, fesih hakkını kötüye kullanan işveren anılan hükümlerde öngörülen tazminatları ödemek zorundadır<sup>16</sup>. Herhangi bir zarar ol-

12 Bkz. Ekonomi, a.g.e., s. 161 dn. 373 de anılan Yargıtay kararları.

13 Kşl. S. Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s. 161 vd.

14 Kşl. Tunçomağ, a.g.e., s. 452, 457; M. Kemal Oğuzman, Hizmet Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s. 278.

15 Kşl. Jale G. Akipek, Türk Medeni Hukuku, C. 1, B. 3, Ankara 1973, s. 187 vd.

16 Bkz. Süzek, a.g.e., s. 161-162.

masa bile istenebilen bu tazminat bir medeni ceza şeklinde nitelendirilmelidir<sup>17</sup>. Yasa koyucunun amacı, işvereni fesih hakkını kötüye kullanmaktan kaçınmaya zorlamak olduğundan, yaptırım bir medeni ya da hususi ceza şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>18</sup>.

Bundan başka, İşK. m. 13/C IV ile DZİŞK. m. 16/D III de ihbar ve kötü niyet tazminatı dışında maddi ve manevi tazminat da öngörülmüştür<sup>19</sup>. Buna göre, fesih hakkının kötüye kullanılması halinde işçinin uğradığı zarar götürü olarak saptanan kötü niyet tazminatını aşılırsa, işçi kanıtlamak koşuluyla fazla zararını işverenden isteyebilecektir<sup>20</sup>.

İşveren iş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanmışsa, işçi İşK. m. 14'de aranan süre kadar çalışmış olmak koşuluyla ayrıca kıdem tazminatına da hak kazanacaktır.

Ayrıca doktrinde, yasada özel bir yaptırım öngörülmemen durumlarda MK. m. 656'da düzenlenen tazminat, izale ve içtinap davalarının bütün hakkın kötüye kullanılması hallerine uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>21</sup>.

Fesih hakkının kötüye kullanılması halinde öngörülen hukuki yaptırım, fesih geçersizliği değil, sadece tazminattır. Ancak ödenecek tazminatta temel ücretten başka ek ödemelerin tümü de hesaba katılacaktır (İşK. m. 14/fık. 11). Fesih hakkının kötüye kullanıldığı hallerde ayrıca bildirim sürelerinin uyulmaması, aynı amaçlara yönelik hukuki yaptırımlar olarak hem fesih hakkının kötüye kullanılması nedeniyle tazminat (kötü niyet tazminatı) hem de ihbar tazminatı istenebilecektir<sup>22</sup>.

Türk hukukunda süreli fesih bildirim hakkı yasa ile kısıtlanmamış olup, geleneksel fesih bildirim serbestisi ilkesi geçerlidir. Yasada fesih bildirim sebepleri belirtilmediğinden, işverenin fesih serbestisi sadece hakkın kötüye kullanılması teorisi ile sınırlandırılmıştır<sup>23</sup>.

Alman hukukunda yasada öngörülen fesih bildirim sebeplerine aykırı olarak iş sözleşmesi feshedilen işçinin, yasaya aykırılığın mahkemece tespitinden sonra işyerine dönmesi mümkün olduğu halde, hakkın kötüye kullanılması teorisini uygulayan sistemlerde fesih hakkı kötüye kullanılmış olsa bile iş sözleşmesi ortadan kalkmış bulunmakta ve bunun için işçinin işyerine dönmesi mümkün olmamaktadır<sup>24</sup>.

17 Kşl. Oğuzman, a.g.e., s. 282; F.H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, s. 609.

18 Kşl. M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 4. Bası, Ankara 1978, s. 312; A. Akbıyık, Hizmet Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması (İş Hukuku D., C.1, sy. 6, Haziran 1969, s. 550-558), s. 557; Süzek, a.g.e., s. 163.

19 Bkz. Karapınar, a.g.e., s. 132 vd.

20 Kşl. Tunçomağ, a.g.e., s. 337.

21 Kşl. H.V. Velidedeoğlu, Hakkın İyiye ve Kötüye Kullanılması (Adalet D., Haziran 1959, sy. 2, s. 132); Z. İmre, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1976, s. 354, 2. Bası; B. Köprülü, Medeni Hukuk, İstanbul 1971, s. 112 vd.

22 Kşl. Çelik, s. 160; Ekonomi, s. 162; Akbıyık, s. 554.

23 Kşl. Süzek, s. 44 vd.

24 Kşl. Süzek, s. 58 vd.

#### 4. Fesih Bildirimi Hakkının Eşit Davranma İlkesi İle Sınırlanması

Eşit davranma ilkesinin fesih bildirimi hakkına etkisine ilişkin iki görüş var.

##### a) Baskın Görüş

Sürelî fesih bildirimının sözkonusu olduğu durumlarda, her zaman işçinin tüm ilişkileri dikkate alındığı için eşit davranma ilkesinin pratik bir rolü ve önemi bulunmamaktadır. Zira iki işçinin sözkonusu olduğu durumlarda, bu ilişkiler hiçbir zaman tamamiyle eşit değildirler. Kural olarak bu, süresiz fesih bildirimi için de geçerlidir. Çünkü, haklı ve önemli sebebin koşullarının bulunup bulunmadığı incelenirken, işinden çıkarılacak işçinin kişisel ilişkileri de dahil olmak üzere olayın tüm koşulları aynı şekilde dikkate alınmaktadır<sup>25</sup>. Örn. iki işçinin işyerinde bir hırsızlık yapmaları halinde, işveren sadece birinin iş ilişkisini büsbütün feshedebilir ve diğerini affedebilir<sup>26</sup>. Bununla beraber, önemli sebebin incelenmesi sırasında menfaat dengesi ve eşit işlem ilkesi dikkate alınmalıdır. Ancak bu gibi olaylarda işveren işçinin fiilini ve suçunu bahane olarak kullanamaz. Böyle bir olayda, yalnız işçi bir sendikanın üyesi olduğu için işinden çıkarılmışsa, fesih bildirimi AY. m. 51 ve SK. m. 31/II'deki hükümlere aykırıdır. Şu halde baskın görüş, eşit davranma ilkesinin hizmet akdinin feshinde uygulama alanı bulamayacağını veya en azından bunun kuramsal olarak mümkün görülse bile pratikte uygulanmasının hemen hemen olanaksız olduğunu ileri sürmektedir<sup>27</sup>.

##### b) Azınlık Görüşü

Fesih konusu, iş hukukunda kabul edilen ve tüm iş ilişkilerinde işverenin uyması gerekli bir yükümlülük olarak görülen eşit davranma ilkesinin dışında tutulmamalıdır<sup>28</sup>. Bu görüş esasen eşit davranma ilkesinin, işverenin hem sürelî hem de süresiz fesih bildirimi hakkını sınırladığını ileri sürmektedir<sup>29</sup>. Esasen anayasal temel hakların iş hukukunda uygulanmasının bir nedeni de işçi-işveren arasındaki güç dengesizliğini sınırlamak olduğuna göre, ekonomik ve sosyal güce sahip olan işveren işçiyi sömürmemeli ve aynı olayda farklı davranışı haklı gösteren sebepler bulunmadıkça işten çıkarma yetkisi işverenin keyfi iradesine bırakılmamalıdır. Bundan başka, birden çok işçi haklı nedenle feshi gerektiren bir davranışta buldukları halde işveren bunlardan birini veya birkaçını çalıştırmaya devam edip diğerlerini işten çıkarırsa ve bu ayrıma dayanak olacak inandırıcı bir neden gösteremezse, artık derhal fesih sebebi sayılan davranışın hizmet akdini çekilemez hale getiren bir neden olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>30</sup>. Ancak eşit davranma ilkesi haklı

25 Kşl. Stahlhacke, s. 29 Rnr. 73.

26 Kşl. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage, I. Band, Berlin und Frankfurt A.M., 1963, s. 428.

27 Kşl. Hueck/Nipperdey, I, s. 428 vd.; A. Nikisch, Arbeitsrecht, I. Band, 2. Auflage, Tübingen 1955, s. 510 vd.; Söllner, Arbeitsrecht, 2. Auflage, München, 1979, s. 137; Schwerdtner, Arbeitsrecht I, München, 1976, s. 102; Çelik, s. 140; Tunçomağ, s. 244; Ayrıca bkz. Ekonomi, s. 134 vd.

28 Kşl. Buchner, RdA 1970, s. 229; Kempf, DB 1977, s. 1414.

29 Kşl. A.C. Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982, s. 210.

30 Bkz. A.C. Tuncay, a.g.e., s. 211; A. Söllner, Arbeitsrecht, 6. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1978, s. 221.

ayrımların değil, aksine keyfi ayrımların önleyicisidir. Zira eşit davranma ilkesi, herkesi mutlak olarak eşit kılmak anlamına gelmemektedir. İşçiler arasında ayırım yapılabilir; ancak bunun yapılan işin değerine ve objektif ölçülere uygun olması gerekmektedir<sup>31</sup>.

### c) Görüşümüz

İşçiyi feshe karşı korumayı amaçlayan yasa hükümlerinin özünü teşkil eden eşit davranma ilkesinin amacı, ekonomik ve sosyal yönden güçlü olan işverenin sahip olduğu gücü, keyfi olarak kullanmasını önlemek suretiyle işçiye iş güvencesi sağlamak olduğundan, bu ilke sadece keyfi ayrımları yasaklamaktadır<sup>32</sup>. Fesih bildiriminde ayırım yapılmasını haklı gösteren başka bir neden varsa, artık işverenin bir kısım işçiyi işinden çıkarırken diğerlerini çalıştırmaya devam etmesi eşit davranma yükümlüne aykırı sayılmaz<sup>33</sup>. Ancak yasa dışı grev kararı alan veya böyle bir greve katılan işçilerin hizmet sözleşmelerini haklı nedenle feshetme yetkisi işverene tanınmış olmakla birlikte (TSGLK. m. 45/I), böyle bir durumu fırsat bilerek işverenin sendikalı işçileri işten çıkarıp diğerlerini çalıştırmaya devam etmesi, hem sendika özgürlüğüne (AY. m. 51; SK. m. 31/III) hem de aynı zamanda eşit davranma ilkesine aykırı düşmektedir. Zira böyle bir durumda, işten çıkarmayı haklı gösteren neden tüm işçiler için aynı olduğu için bunlara farklı işlem yapılması caiz değildir<sup>34</sup>.

Bununla beraber eşit davranma ilkesi fesih bildiriminde, işyerinin çıkarlarına ters düşecek biçimde uygulanamayacağından, iş ilişkilerinde bu ilkenin en az uygulanabildiği alan fesih bildirimini müessesesi olmaktadır.

### 5. Geçersiz Süresiz Fesih Bildiriminin Süreli Fesih Bildirimine Çevrilmesi

Eğer bulunduğu sanılan önemli ve haklı sebep gerçekte mevcut değilse, Alman hukukunda süresiz fesih bildirimini geçersiz olup, böyle durumlarda fesih bildirimini kural olarak BGB. m. 140 (BK. m. 20/II; TK. m. 1466) uyarınca bir süreli fesih bildirimine çevrilebilmektedir<sup>35</sup>. Şu halde süresiz fesih bildirimini olarak geçersiz olan bir fesih bildirimini BGB. m. 140 gereğince bir süreli fesih bildirimine çevrilebilecek ve bu geçersiz fesih beyanı, en yakın süre için sözleşmenin feshi ihbarı olarak kabul edilecektir<sup>36</sup>. Böylece geçersiz fesih, hiç değilse en yakın fesih bildirimine kadar sözleşmeyi etkilemeyeceği için, sözleşme o sürenin sonuna kadar varlığını devam ettirecektir<sup>37</sup>. Fakat böyle bir durum, ancak fesih bildirimini beyanında bulunan tarafın iradesinden ve niyetinden iş ilişkisini herhalde mümkün olduğu kadar çabuk sona erdirmek istediği sonucu çıkarılabildiği ve en azından varsayılabildiği takdirde sözkonusu olmaktadır. Buna karşılık, örneğin önemli ve haklı sebep teşkil eden olayın ve vakıaların asla bulunmadığı ortaya çıkarsa —mesela suçlanan işçi kendisine isnat edilen hırsızlık fiilini yapmamış ve bu suçu asla işlememiştir—, artık böyle bir irade, arzu ve niyet bulunmamaktadır<sup>38</sup>.

31 Kşl. Çelik, s. 139 vd.

32 Kşl. Buchner, RdA, 1970, s. 229.

33 Bkz. A.C. Tuncay, s. 213.

34 Kşl. Karapınar, s. 139.

35 Kşl. Söllner, s. 236.

36 Kşl. Ekonomi, s. 166.

37 Kşl. Tunçomağ, s. 365.

38 Kşl. Söllner, s. 187.



#### IV. ŞÜPHE NEDENİYLE FESHİN ÖZEL SINIRLARI

##### 1. İşverenin Fesih Hakkının Yasal Sınırları

###### a) Anayasa

AY. m. 49'da çalışmanın herkes için bir hak olduğu, devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önleyici gerekli tedbirleri almakla görevli bulunduğu açıkça ifade edilmektedir. Yine aynı maddenin 3. fıkrasında devletin, işçi-işveren iş ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu önlemleri almakla görevli bulunduğu belirtilmiştir.

Bundan başka, AY. m. 51'de sendika kurma hakkı ve sendikalara üye olma ve üyelikten ayrılma özgürlüğü açıkça tanınmış ve aynı maddenin 4. fıkrasında da hiç kimsenin sendikaya üye olmaya, üye kalmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı vurgulanmıştır. Ayrıca AY. m. 51, fık. 6'da da herhangi bir işyerinde çalışabilmenin, bir işçi sendikasına üye olmak veya olmamak koşuluna bağlanamayacağı açıkça belirtilmiştir. Yine AY. m. 10'da yer alan genel eşitlik kuralı da işverenin fesih yetkisini geniş ölçüde sınırlandırmaktadır. Zira işveren işçi çıkarmada keyfi ayırım yapamayacaktır. Böylece sendikanın üye olmayan işçiye ayrı bir işlem yapılmasını gerçekleştirmesi, yani sendikasız işçinin işe alınmaması şartı da (closed shop ve unions shop) yasaklanmış bulunmaktadır<sup>39</sup>.

###### b) Haksız Fesih ve Yeni İşçi Alma Yasağı

Şüphe nedeniyle hizmet akdinin işveren tarafından derhal feshi halinde, var olduğu sanılan haklı nedenin gerçekte asla bulunmadığı sonradan anlaşılırsa, Türk hukukunda böyle bir fesih kural olarak geçersiz olmamakta, aksine haksız fesih sayılmaktadır. Buna göre, işveren işçiyi işinden çıkardığı tarihten itibaren 6 ay içinde işyerine aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak isterse, hizmet akdini usulsüz feshederek işinden çıkardığı işçiyi İşK. m. 24 uyarınca yeniden işe almak zorunda olup, bu süre içinde başka işçi alamaz. Aksi halde İşK. m. 98/B bendinde öngörülen cezai yaptırım uygulanacaktır.

###### c) Hizmet Akitlerinin Askıda Kalması ve Fesih Yasağı

###### aa) Askerlik veya Yasal Bir Görev Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Askıda Kalması

Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir nedenle silah altına alınan yahut yasadan doğan bir çalışma görevi yüzünden işinden ayrılan işçinin hizmet akdi, o işte en az bir yıl çalışmak koşuluyla, belirli bir süre askıda kalmaktadır (İşK. m. 27/I ve II). Anılan hükme aykırı davranan işveren hakkında İşK. m. 107'de öngörülen cezai yaptırım uygulanacaktır. Bundan başka, BsİŞK. m. 16/IV uyarınca, silah altına alınan gazetecilerle yedeksubay olarak askerlik görevi yapan gazetecilerin ve 1833 sayılı yasanın m. 5 gereğince de, Devlet, Belediye ve özel idare ve kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri temel askerlik eğitimi süresince işveren tarafından feshedilemez.

39 Bkz. Nurhan Akçaylı, Sendika Teorisi, Bursa 1983, s. 37.

*bb) Sağlık Nedeniyle Hizmet Akitlerinin Askıda Kalması*

İşçinin kendi kusurundan ileri gelmeyen hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işverenin hizmet akdini fesih hakkı, hastalık, işçinin işyerindeki çalışma süresine göre saptanacak bildirim sürelerini (İşK. m. 13/A) altı hafta aşmasından sonra doğmakta, buna karşılık doğum ve gebelik hallerinde ise bu süre İşK. m. 70 de öngörülen sürenin sona erdiği tarihten itibaren başlamaktadır (İşK. m. 17/I son). Bundan başka, BsİşK. m. 12/1 de gazetecinin uğradığı hastalık nedeniyle iş akitinin işveren tarafından feshedilemeyeceği, ancak bu hastalığın 6 aydan fazla uzaması halinde tazminat verilerek sözleşmenin feshedilebileceği belirtilmektedir. Aynı şekilde BK. m. 328'de uzun süre için yapılan hizmet akitinde işçinin kusurundan ileri gelmeyen hastalıktan dolayı nispeten kısa bir süre için işini yapamadığı durumlarda o süre için ücret istemeye hakkı olduğu açıkca belirtildiğine göre, bu süre için işverenin fesih hakkının da böylece sınırlandırılmış olduğu anlaşılmaktadır.

Ayrıca yukarıda anılan hükümlere aykırı davranan işveren hakkında İşK. m. 107'de öngörülen genel cezai yaptırımlar da uygulanabilecektir.

*cc) Grev ve Lokavtın Uygulanması Sırasında Fesih Yasağı*

Yasal bir greve katılan işçilerin hizmet akitleri işveren tarafından feshedilemez (TSGLK. m. 42/I). Yasal bir grev veya lokavtın uygulanması halinde, işçilerin hizmet akitlerinden doğan hak ve borçları, grev ve lokavtın sona ermesine kadar askıda kalmaktadır. Askıda kalma süresinde, belirsiz süreli hizmet akitlerinin feshinde bildirim süreleri işlemez ve sözleşmenin bildirim sürelerine ait ücretin peşin verilmesi suretiyle sona erdirilmesi olanağı da yoktur (TSGLK. m. 42/II ve III)<sup>40</sup>.

*dd) Yıllık Ücretli İzinlerin Kullanılması Sırasında Bildirim Sürelerinin İşlememesi*

Yıllık ücretli izinlerin kullanılması sırasında işverenin, belirsiz süreli hizmet akitlerini bildirim sürelerine uyarak feshetme yetkisi de sınırlandırılmıştır. Buna göre, işçi yıllık ücretli izne çıktığında, işveren iş sözleşmesini feshederse, izin süresinin sonuna kadar bildirim süreleri işlemez (İşK. m. 56/II).

*d) Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması Teorisi İle Getirilen Sınırlar*

Yukarıda s. 3 vd. da ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, her hak gibi fesih hakkının da objektif iyi niyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekmektedir. Aksi halde doğruluk kurallarına aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren hakkında hukuki ve cezai yaptırımlar uygulanacaktır.

*e) İşverenin Fesih Hakkının Sendikacılık Teminatı İle Sınırlandırılması*

Fesih hakkının kötüye kullanılması halinde öngörülen hukuki yaptırım, feshin geçersizliği değil, aksine sadece bildirim sürelerine ait ücretlerin üç katı tutarı bir tazminattır (kötü niyet tazminatı). Buna karşılık sendikal faaliyetleri nedeniyle işten çıkarılan işçiler için tazminat miktarı yükseltilmiş ve sendika temsilcileri yönünden daha güvenli olarak feshin geçersiz sayılacağı kabul edilmiştir.

*aa) İşyeri Sendika Temsilcilerinin Teminatı ve Feshe Karşı Özel Güvence*

İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akitlerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildirimini

40 Kşl. Ekonomi, s. 189 ve dn. 453'de anılan kaynaklar.

nin tebliğinden itibaren bir ay içinde temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın iş mahkemesinde dava açma hakkı vardır. Mahkeme temsilcinin işine iade edilmesine karar verirse, fesih geçersiz sayılarak iş görülmemiş olsa bile, temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer tüm hakları işveren tarafından ödenecektir (SK. m. 30/I).

Böylece fesih hakkı kötüye kullanılmış olsa bile işçinin işyerine dönemeyeceğine ilişkin kuralın iş hukukumuzdaki tek istisnasını, bu olanağın işyeri sendika temsilcilerine tanınması oluşturmaktadır. Şu halde hem fesih hakkının kötüye kullanılması hem de haksız fesihlerde SK. m. 30'da düzenlenmiş bulunan yaptırım uygulanabilecektir<sup>41</sup>.

#### *bb) Sendika Üyelüğünün Teminatı ve Sendikal Faaliyet Nedeniyle İşten Çıkarma Yasağı*

İşK. m. 13/C III'de işçinin sendikaya üye olması gibi nedenlerle işten çıkarılmasını engelleyen genel bir hüküm getirildiği halde, SK. 'nda ayrıca sendikal faaliyetlere ilişkin ve daha güçlü bir tazminat ödenmesini öngören özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında herhangi bir ayırım yapamaz (SK. m. 31/III); işçiler, işçi teşekküllerinin faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz (SK. m. 31/V). İşveren anılan bu hükümlere aykırı davranırsa, işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere özel bir tazminat (sendikacılık tazminatı) ödemek zorunda kalacaktır. Ancak sendikacılık tazminatına hükmedilmesi halinde, iş yasalarındaki kötü niyet tazminatı uygulanmayacaktır (SK. m. 31/VI). Ayrıca SK. m. 59 bd. III'de cezai yaptırım da öngörülmüş olup, sendikaya üye olup olmama özgürlüğünü ihlal eden işverene ağır para cezası hükmedilecektir.

#### *f) Çalışma Örgütünün Toplantılarına Katılma Nedeniyle İşten Çıkarma Yasağı*

Çalışma örgütünün toplantılarına katılan işçiler yönünden de daha güvenli olarak fesih bildirimini geçersiz sayılacağı kabul edilmiştir<sup>42</sup>. Nitekim SSKuK. m. 25'e göre genel kurulun ve ÇabaK. m. 17/IV'na göre de Çalışma Meclisinin işçi üyelerinin, İşBuK. m. 12/III'ne göre Danışma Komisyonlarına katılan işçilerin, bu toplantılara katılmak için çalıştıkları işyerlerinden ayrılmaları nedeniyle iş sözleşmeleri işveren tarafından feshedilemez. Buna göre, işçilerin resmi çalışma örgütündeki temsil görevlerini yerine getirmeleri sebebiyle hizmet akitlerinin feshedilemeyeceğini bildiren hükümler, SK. m. 30'da işyeri sendika temsilcileri hakkında olduğu gibi, feshin geçersiz sayılmasını ve işe iadesini gerektiren bir düzenlemedir<sup>43</sup>.

#### *g) İşletme Kurulunun Denetimi ve İşletme Kurulu Üyelerinin Teminatı*

Alman hukukunda işletme esas teşkilât yasası (BetrVG) ile getirilen düzenleme uyarınca fesih bildirimini yetkisinin denetimi, işçi işinden çıkarılmadan önce yapılabilir. Gerçekten BetrVG. m. 102/I gereğince işverene iş sözleşmesinin feshinden önce işletme (işyeri) kuruluna başvurma ve onayını alma zorunluğu yük-

41 Kşl. Süzek, s. 187.

42 Kşl. Ekonomi, s. 161 vd.

43 Kşl. Ekonomi, s. 164.

lenmiştir. Ayrıca işletme (işyeri) kurulu üyeleri feshe karşı özel bir güvenceden yararlanmaktadırlar. Buna göre, işletme kurulunun, gençlik temsilciliğinin, gemi temsilciliğinin, deniz işletme kurulunun ve siçim kurulunun üyelerinin ve seçim adaylarının iş sözleşmelerinin işveren tarafından süresiz feshi, işletme kurulunun rızasına ve onayına tabidir (BetrVG. m. 103/I). Bu konuda kural, işletme kurulu üyelerinin hizmet akitlerinin feshedilememesidir. Ancak bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır. Birincisi, BGB. m. 626 anlamında işveren lehine haklı fesih sebeplerinin doğmasıdır. İkincisi ise, işletmenin kapatılması halidir. İşletmede (işyerinde) üretimin tamamen durdurulması halinde, kurul üyelerinin iş sözleşmeleri en erken durdurma tarihinde sona erdirilebilir (KSchG. m. 15/IV). Üretim kısmen durmuş ise, işletme kurulu üyesi işyerinin başka bir bölümünde, daha önceki işine uygun bir işte çalıştırılacaktır. Ancak kurul üyesinin işyerinin başka bir bölümünde çalıştırılması teknik yönden olanaksız ise, artık işveren iş sözleşmesini feshedebilecektir (KSchG. m. 15/V). Bundan başka, haklı fesih nedenleri ortaya çıktığı takdirde de işveren, işletme kurulunun rızasını ve onayını almak koşuluyla, işletme kurulu üyesinin hizmet akdini derhal feshedebilecektir (KSchG. m. 15/I).

## 2. İşverenin Fesih Hakkının Sözleşme İle Sınırlandırılması ve Fesih Hakkından Feragat

### a) Süresiz Fesih Bildirimi Hakkından Feragat

Fesih bildirimi beyanında bulunma yetkisine sahip olan tarafın fesih hakkından önceden vazgeçmesi geçersizdir. Bununla beraber, fesih bildirimi sebebinin öğrenilmesinden sonra bir feragat caiz olmaktadır. Böyle bir feragat, özellikle bir uzlaşma makbuzu veya ibraname (aklama belgesi) ile mümkün olmaktadır<sup>44</sup>. Şu halde somut olayda süresiz fesih bildirimi hakkından vazgeçilebilir. Esasen bir ihtar ve uyarının içinde böyle bir feragat bulunmaktadır. Eğer fesih bildirimi beyanı ile işinden çıkarılan işçi yasal süresi içinde feshe karşı koruma davası (Kündigungsschutzklage) açmazsa, feragata rağmen beyan edilen bir fesih bildirimi mamafih yine hukuken geçerli olabilmektedir<sup>45</sup>.

### b) Süresiz Fesih Bildirimi Hakkının Sözleşme İle Sınırlandırılması ve Büsbütün Kaldırılması

Alman hukukunda işletme sözleşmeleri (Betriebsvereinbarungen) ve toplu iş sözleşmeleri (Tarifvertræge), kural olarak süresiz fesih bildirimi hakkında hükümler kapsamamasına rağmen, bireysel iş sözleşmelerinde çok defa derhal işten çıkarma (süresiz fesih bildirimi) hakkını sınırlandıran veya genişleten kurallar bulunmaktadır. Ancak bu kurallar sadece kısmen geçerlidirler. Zira işverenin süresiz fesih bildirimi hakkı büsbütün ortadan kaldırılamaz veya kesin olarak sınırlanamaz. Bu nedenle, örneğin fesih bildirimi olayı hakkında cezai şart sözleşmesi, fesih bildirimini işletme kurulunun rızasına bağlanması ve işletme kurulunun onayı olmaksızın beyan edilen bir fesih bildirimi halinde ücretin iş mahkemesinin kararına kadar ödenmesini öngören sözleşme gibi kesin sınırlamalar mümkün değildir<sup>46</sup>. Zira fesih bil-

44 Bkz. LAG Köln, DB 1968, s. 2134; Bobrowski/Gaul, s. 636 ve 645.

45 Kşl. LAG Hamm, NJW, 1970, s. 2229.

46 Kşl. Schwedes, s. 127, Rnr. 311.

dirimini işletme kurulunun rızasına bağlayan böyle bir sözleşme hükmü aynı zamanda BetrVG. m. 103/II'na da aykırıdır. Çünkü bununla, özellikle işletme (işyeri) kurulunun üyesi bir işçinin işveren tarafından süresiz fesih bildirimini ile derhal işinden çıkarılmak istenmesi halinde işletme kurulu fesih bildirimini onaylamadığı takdirde, işverenin bunu BetrVG. m. 103/II uyarınca yargı yolu ile elde etme hakkı ortadan kaldırılmaktadır. Oysa yargı yolu taraflarca kapatılamaz. Buna karşılık, feshe karşı yasal güvencenin 6 aylık bekleme süresi (KSchG. m. 1/I) dolmadan hemen başlaması gerektiğine dair yapılan bir sözleşme geçerlidir. Bundan başka, iş sözleşmesi ez-cümle fesih bildirimini sırasında uyulması gereken şekil hakkında, süresiz fesih bildiri-mi sebepleri hakkında, aynı şekilde fesih bildirimini süresi esnasında veya bir suç şüp-hesi halinde olayın aydınlatılmasına ve açıklanmasına kadar işçiyi çalışmaktan muaf tutmaya dair hükümler ihtiva edebilir<sup>47</sup>. Şu halde süresiz fesih bildirimini hak-kındaki yasal hükümler, toplu iş sözleşmeleri ve hizmet akitleri ile ne ortadan kal-dırılabilirler ne de kesin biçimde sınırlandırılabilirler ve aynı şekilde ne de genişle-tilebilirler<sup>48</sup>.

Süresiz fesih bildirimini ile ilgili hukuk kuralları BGB. m. 626 ve İşK. m. 17 (BsİŞK. m. 11; DzİŞK. m. 14; BK. m. 344) uyarınca, sözleşmenin her iki tarafı için de emredici hukuk kuralları olduğundan kollektif kurallar ile de (işletme sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve hizmet akdi) değiştirilemezler. Federal İş Mahkemesine göre, BGB. m. 626, sürekli borç ilişkileri için medeni hukukun buyurucu (emredici) temel kuralıdır<sup>49</sup>. Bu nedenle, BGB. m. 626 ne sınırlandırılabilir ne de genişletilebilir. Şayet sözleşmenin tarafları süresiz fesih bildirimini hakkını sınırlandırmışlarsa, buna rağmen yalnız önemli ve haklı bir sebebin bulunması koşuluyla yine fesih bildirimini beyan edilebilir. Aynı şekilde bireysel sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile fesih bildirimini hakkının genişletilmesi, kural olarak geçersizdir. Şu halde sözleşme ile kararlaştırılmış sebep mevcut olsa bile, kolayca süresiz fesih bildirimini beyanında bulunulamayacak ve iş sözleşmesi derhal feshedilemeyecektir.

Sonuç olarak denebilir ki, Alman hukukunda işverenin süreli fesih bildirimini hakkı sözleşmelerle kısıtlanmakta, hatta tamamen ortadan kaldırılabilir<sup>50</sup>. Buna karşılık işverenin haklı nedenle fesih hakkının, diğer bir deyimle süresiz fesih bildirimini hakkının kısıtlanması, bu yetkinin işletme kurullarına devredilmesi müm-kün değildir. Alman hukukunda haklı nedenle fesih hakkının sadece yasal bir hü-kümle sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir.

Türk hukukunda, işçinin iş güvencesinin sağlanması için işverenin fesih bil-dirimini hakkının sözleşme ile sınırlandırılması konusunda doktrinde ve yargısal içti-hatta farklı görüşler ileri sürülmektedir. Yargıtaya göre, "yasal koşulları bulunduğu takdirde hiçbir sorumluluğa muhatap olmaksızın veya yasal haklarını vermek su-retiyle, işe işçi almak ve işten çıkartmak işverenin tabii ve yasalarla hükümlere bağ-lanmış yasal hakkıdır. İşverenin bu hakkı hiçbir suretle sözleşmelerle sınırlandırır-

47 Kşl. A. Hueck, KSchG., Kommentar, 7. Aufl., München 1970, s. 11 vd.; Aynı-  
ca bkz. Schwedes, s. 72, Rnr. 154.

48 Kşl. Söllner, s. 236.

49 Kşl. BAG, NJW, 1975, s. 1531.

50 Kşl. Stahlhacke, s. 26 vd., s. 136 dn. 71.

lamayacağı gibi, ortadan kaldırılarak elinden dahi alınmaz. Yasa ile hükümlere bağlanan bir tabii hakkın sözleşme ile değiştirilmesi ve elden alınması mümkün olmadığı için böyle bir sözleşme kanuna aykırı olduğundan hükümsüz ve batıldır<sup>51</sup>. Yine Yargıtay'a göre, "ayrıca, işten çıkarma yönünden sendika işyeri temsilcileri için de bir farklılık gözetilemez. Zira bir işçinin sendika temsilcisi olması o işçiye, temsilci olmayan işçiler üstünde bir imtiyaz hakkı bahşedemez"<sup>52</sup>.

Bununla beraber, iş hukuku alanında emredici kurallar, genel olarak sosyal kamu düzeni niteliği taşıdığı için bunların işçi yararına sözleşme ile değiştirilmesi mümkündür<sup>53</sup>. Böylece işverenin fesih hakkının sözleşme ile kısıtlanabilmesi, hakkın kötüye kullanılması teorisi yanında bu hakka getirilmiş diğer bir sınır oluşturacaktır.

Nitekim Yargıtay'ın yeni kararına göre, "İşK.'na ait hükümlerin, kural olarak, nispi nitelikte emredici hükümler olduğu şüphe dışıdır. Şu anlamda ki, iş yasasında öngörülen haklar işçi için asgari olup bir taban teşkil eder. Bu tabanın üstüne çıkılabilir, lâkin altına inilemez. Bir başka deyişle, kamu düzeninin sınırlayıcı etkisi, kural olarak sadece işveren için sözkonusudur. Bu değerlendirme, özellikle İşK. nun dava ile ilgili 13. ve 17.'nci maddeleri yönünden geçerlidir. O halde, tarafların toplu iş sözleşmesine, işçi yararına olarak yasadakinden farklı hükümler koymaları caiz ve bu hükümler geçerlidir"<sup>54</sup>.

Toplu iş sözleşmesi uygulamamızda işçi ve işveren temsilcilerinden oluşan disiplin kurullarına yer verilmekte, ancak bu kurullar ihtar, para cezası yanında işveren lehine haklı nedenle fesih hakkının doğumu halinde süresiz fesih bildirimini konusunda karar vermektedirler. Diğer bir deyişle, bu kurullar İşK. m. 17'ne göre haklı nedenle fesih hakkının doğup doğmadığına karar verebilmekte, buna karşılık işverenin yapacağı fesih bildirimlerinde hiçbir denetim hakkına sahip değildirler. Genellikle toplu iş sözleşmelerinde işverenin haklı nedenlerle sözleşmeyi feshetme hakkını sınırlayıcı düzenlemelere yer verilmekte, bunların bir bölümü işverenin haklı nedenle sözleşmeyi feshetmesini işçi sendikası işyeri temsilcilerinin ya da üyelerinin katıldığı bir komite veya kurulun (disiplin kurulu) kararına bağlı tutmakta, bir bölümü de yasa da gösterilen haklı nedenlerden bazılarını sözleşmeyi feshetme yetkisini veren nedenler olmaktan çıkarmaktadır<sup>55</sup>.

Ancak Yargıtay önceki kararlarında, toplu iş sözleşmesinde akdin feshi yetkisi sözleşmede öngörülen komitece verilecek bir kararın varlığına bağlı tutulmuşsa, böyle bir karar olmadan fesih yetkisinin işverence kullanılmasının geçerli sayılamayacağı sonucuna varmışken<sup>56</sup>, sonradan bu görüşünü değiştirmiş ve son yıllarda

51 Kşl. Y.9. HD., 25.9.1969, e. 5871, k. 9083 (İşveren D., C. VIII, Sy. 4, Ocak 1970, s. 19 vd.).

52 Bkz. Dn. 51'de anılan Yargıtay kararı.

53 Kşl. T. Esener, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 225.

54 Kşl. Y. 9. HD., 10.4.1970, e. 101, k. 3487 (E. Egemen, İş Mevzuatı İle İlgili Örnek Kararlar, İstanbul 1972 (II), s. 120 vd.).

55 Kşl. Çelik, s. 172.

56 Kşl. Y. 9. HD., 30.3.1975, e. 20976, k. 8162 (D. Ulucan'ın incelemesi, İHU 1975, TİSGLK. 1 No. 1).

verdiği kararlarda toplu iş sözleşmesinde disiplin kurulu kararı olmaksızın haklı nedenle sözleşmenin feshedilemeyeceğinin kararlaştırılmasına rağmen, işverence sözleşmenin feshedilmesi halinde feshin sırf bu nedenle haksız sayılamayacağını ve haklı nedenin varlığının araştırılıp sonuca göre karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir<sup>57</sup>.

Bununla beraber, işverenin fesih bildirimini hakkını sınırlandıran bir hüküm, sebepsiz işçi çıkarmayı hakkın kötüye kullanılması şeklinde niteleyen İşK. m. 13'e ve işçiyi koruyucu nitelikte bulunan SK. m. 31 ve m. 30'nin özüne ve sözüne uygun olarak geçerli sayılmalıdır. Ancak işverenin fesih hakkını tamamen kullanamaz hale getiren veya büsbütün kaldıran sözleşme hükmünün geçersiz sayılması gerekmektedir. Şu halde haklı nedenle süresiz fesih bildirimini yetkisi sözleşmelerle kaldırılamaz ve bu haktan önceden feragat edilemez<sup>58</sup>.

Hukukumuzda, haklı nedenle süresiz fesih bildirimini yetkisinin işverence kullanılmasını sözleşmede öngörülen bir kurul kararının varlığına bağlı tutan böyle bir sınırlama kabul edildiğinde, işveren kurul kararı olmaksızın fesih beyanında bulunursa, fesih geçersiz sayılarak işçinin işine dönmesi sözkonusu olamaz. Ancak hizmet akdini sona erdiren fesih yetkisi sözleşme hükmüne aykırı biçimde kullanıldığından, yapılan fesih bir haksız fesih olur ve işverenin buna ilişkin hukuki sonuçlara katlanması gerekir; ezcümle sona erdirilen belirsiz süreli bir iş sözleşmesi ise, işveren ihbar tazminatı, koşulları varsa kıdem tazminatı ve diğer tazminatları ödemekle yükümlü olacaktır<sup>59</sup>.

Sonuç olarak denebilir ki, Yargıtay'ın son zamanlardaki olumsuz tutumuna rağmen, iş hukuku uygulamamızda işverenin haklı nedenle fesih hakkının toplu iş sözleşmeleri ile sınırlandırıldığı ve bu yetkinin kullanılmasının sözleşmede öngörülen bir kurul (disiplin kurulu) kararının varlığına bağlı tutulduğu gözlenmektedir. Sözleşme ile getirilen böyle bir sınırlama, aynı zamanda İşK. m. 13, SK. m. 30 ve 31'in özüne ve sözüne de uygun olduğundan geçerli sayılmalıdır.

### 3. İşverenin Fesih Hakkının İdari Tedbirlerle ve Yönetmelikle Sınırlanması

İşverenin fesih hakkının, özellikle olağanüstü durumlarda idari tedbirlerle ve olağanüstü yönetmelikle sınırlandığı görülmektedir. Nitekim ülkemizde de 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren işverenin fesih hakkı MGK. nin 15 nolu bildirisini, 3 ve 72 nolu kararları ile geniş ölçüde sınırlandırılmıştır. Buna göre, MGK. nin 3 ve 72 nolu kararları ile 15 nolu bildirisini, işçinin kendisinin istekte bulunması, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymaması, sağlık durumu, normal emeklilik, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sona ermesi ile genel güvenlik, asayiş ve kamu düzeni açısından çalışmasının sakıncalı görülmesi ve hizmetlerinde yararlı olmaması ve benzeri haller dışında hiçbir işçinin işine son verilemeyeceğini, ekonomik zorunluluk dolayısıyla kapanan veya işçi azaltmak isteğinde bulunan işyerlerinde ise ancak hükümetin incelemesi üzerine, ilgili makamların vereceği izin ile işçi çıkartılabileceğini amir

57 Bkz. Karapınar, s. 151 dn. 4'de anılan Yargıtay kararları.

58 Kşl. Hueck/Nipperdey I, s. 595 vd.; Nikisch I, s. 721; Ekonomi, s. 191.

59 Bkz. Dn. 56'da anılan Yargıtay kararı; ayrıca kşl. Ekonomi, s. 191 vd.

bulunmaktadır<sup>60</sup>. Fakat MGK. nin sözü edilen kararları ve bildirileri, yeni TBMM. nin çalışmaya başlaması ile yürürlükten kalkmıştır (AY. Geçici m. 3). Bu nedenle, sözkonusu yasağın uygulanması bugün artık sadece Sıkıyönetim Komutanlarının takdirine bağlı bulunmaktadır<sup>61</sup>. Nitekim uygulamada Sıkıyönetim Komutanlıklarının, işverenin fesih yetkisini sınırlayan bildirilerine de rastlanmaktadır. Örneğin, işçinin tutukluluk durumunun haklı fesih nedeni olamayacağı ve iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği, bu nedenle, işten çıkarılan işçilerin yeniden işe alınmaması halinde 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası uyarınca işveren aleyhine dava açılacağı, Zonguldak Sıkıyönetim Komutanlığınca işverene bildirilmiştir<sup>62</sup>. Yargıtay'a göre de, "işçinin, gözaltında ve tutuklu olduğu sürede işe gelememesinin, haklı bir sebebe dayanmaksızın işine devam etmemesi hali sayılmaması gerekir"<sup>63</sup>.

#### 4. Şüphle Nedeniyle Feshin Fevkalâde Güveni Gerektiren Özel Bir Pozisyona İnhisar Ettirilmesi

Federal İş Mahkemesi'nin şüpheye dayanan fesih bildirimini için aradığı koşullardan anlaşılmalıdır ki, şüphle nedeniyle fesih bildirimini ancak işçi özel bir güveni gerektiren pozisyonu ve mevki işgal ettiği takdirde kabul edilebilecektir<sup>64</sup>. Aynı şekilde Nikisch'de işçinin özel bir güveni gerektiren pozisyonunu, şüpheye dayanan fesih bildirimini için koşul olarak kabul etmektedir<sup>65</sup>.

İşçinin özel mevki, görevi ve durumu, işletmenin veya işyerinin özelliğinden anlaşılabilir (örneğin, banka, polis, karakol, kapıcılık, gardiyanlık ve nöbet hizmetleri gibi) veya işçinin pozisyonundan (örneğin, işveren adına imzaya yetkili yönetici eleman, kâtip, sekreter, şef, müdür, mahrem sayılarla, gizli rakam ve tarihlerle devir ve dönme gibi)<sup>66</sup> çıkarılabilir. Başlangıçta anılan durumlarda bu, sadece krupiyede sözkonusu olmaktadır<sup>67</sup>. Zira krupiye, geniş ölçüde kontrolü ve denetimi olanaksız külliye bir servet ile, çok fazla miktarda bir parayla ve tüm kumar mekanizması ile bir devir ve dönmeyi yönettiğinden, böylece işveren ona tamamen güvenebilmek zorundadır<sup>68</sup>. Benzer durum, geniş kapsamlı vekâletnameye sahip ve tam yetkili yönetici elemanlar için de sözkonusu olmaktadır. Böyle güveni gerektiren ilişkilerde bir şüphle, iş ilişkisinin sona erdirilmesi için yeterli olmaktadır. Çünkü, bu gibi durumlarda işçi daha fazla fiil ve hareket serbestisine sahip olmakta ve yeterince denetlenememektedir<sup>69</sup>.

Federal İş Mahkemesi, her şeyden önce kamu işletmelerini ve işyerlerini özelikle korunması gereken yerler olarak telakki etmektedir. Federal İş Mahkemesi

60 Kşl. Tekstil İşveren D., sy. 58, Aralık 1982, s. 20; Türk-İş, A.E.M. Dergisi, Sayı 166, Ocak 1983, s. 32.

61 Bkz. Türk-İş, Mart-Nisan 1984, s. 18.

62 Bkz. Karapınar, s. 153 ve dn. 1'de anılan kaynaklar.

63 Bkz. Y. 9. HD., 8.6.1982, e. 82/4799, k. 82/5557 (Yasa Hukuk D., C.V., sy. 7, Temmuz 1982, s. 986).

64 Bkz. Karapınar, s. 153 ve dn. 2'de anılan eserler.

65 Kşl. Nikisch I, 3. Auflage, Tübingen 1961, s. 729.

66 Kşl. BAGE 24, 401; JUS 1973, s. 388; NJW 1973, s. 533.

67 Kşl. BAGE 16, 72; NJW 1964, s. 1918; JUS 1964, s. 500.

68 Kşl. Schwerdtner, s. 193.

69 Kşl. Schwerdtner, s. 194; ayrıca bkz. BAG, NJW 1977, s. 1413.



bunu, yasaklanan Alman Komünist Partisi lehinde yasaya aykırı faaliyetlere bilfiil katılma şüphesinin sözkonusu olduğu bir olayda önemle belirtmiştir<sup>70</sup>. Genel olarak, genel biçimde böyle siyasi suçlamalar yeterli olmamakla birlikte<sup>71</sup>, bu olayda sanığın, yani suçlu olduğu sanılan işçinin kamu hizmetinde görevli bulunması vakıası şüpheye dayanan fesih bildirimının haklı ve yasal telakki edilmesine kesin etkili olmuştur. Federal İş Mahkemesi aynı şekilde bir tasarruf sandığı veya bir banka müstahdemi ve bir orman baş memuru ile ilgili olayda şüphe nedeniyle fesih bildiriminin unsurlarını özellikle geniş yorumlamıştır<sup>72</sup>. Buna karşılık, özel teşebbüsü ilgilendiren ve genellikle daha çok özel ekonomiyeye ait olan diğer olaylarda sınırlı bir yorum yapılmıştır<sup>73</sup>.

Ancak kamu hizmetinin genel olarak diğer ölçülerle ve başka kriterlerle ölçülüp ölçülemeyeceği çok şüpheli görünmektedir. Herşeyden önce kamu hizmetinde en çok güveni gerektiren mevkiler ve görevler memurlarla işgal edilmektedir. Özel ekonomide, yani özel teşebbüste olduğu gibi müstahdemlerde bir ayırım yapmak ve farklı davranmak gerekmektedir. Çünkü bunlarda, ancak seçkin ve birinci nitelikte güveni gerektiren pozisyonlarda şüpheye dayanan fesih bildirimini haklı olabilmektedir. Bununla beraber, Federal İş Mahkemesi sözü edilen kararında bu ayrımı ihmal etmiştir.

Buna karşılık, bütün normal durumlarda şüphe kuvvetleninceye ve başka delillerle takviye edilinceye kadar işverenin beklemesi istenebilir. Herşeyden önce bu, daha sonra işlenen bir suç, bir ceza davasında yargılanma v.s. olabilir. Şayet işveren uzun süre beklemek istemiyorsa, bu takdirde araştırma ve incelemeler yapmak, şüpheyi kuvvetlendiren ve takviye eden somut suç delillerini bulmak ve gerekli materyeli elde etmek zorundadır. Çok defa bir ihtar ve uyarma da gerekli olmaktadır (İşK. m. 17/II g); böylece durumun ciddiyeti ve vahameti işçi tarafından anlaşılabilir olacaktır. Ancak bu gibi durumlarda şüphe tek başına, fesih bildirimini haklı göstermemektedir. Olağanüstü fesih bildiriminin, diğer bir deyimle süresiz fesih bildiriminin böyle bir açıklığı ve belirginliği halinde işveren, şüpheyi gerektirici sebeplerin tek başına feshe karşı koruma davasında kendisine çok defa hiçbir başarı sağlayamayacaklarını açık olarak anlamaktadır. Artan riziko dolayısıyla işveren, şüpheye dayanan bir fesih bildirimini daha doğru ve sağlıklı biçimde düşünecektir. Bu suretle işveren yoğun araştırmalar, incelemeler yapmaya ve gerekirse işçiyi ikaz etmeye ve uyarıya, bu hukuki işlemler olayın unsurları haline getirilmeksizin, zorlanmaktadır<sup>74</sup>.

Eğer şüpheye dayanan fesih bildiriminin bu biçimde sınırlanması başlangıçta anılan olaylarla ilgili güveni gerektiren pozisyonlara uygulanırsa, bu takdirde geniş ölçüde Federal İş Mahkemesinin uymakta olduğu ve işveren için de kabul edilebilir sonuçlar ortaya çıkacaktır. Örneğin; şüpheli, yani suçlu olduğu sanılan tezgâhtarla ilgili olayda<sup>75</sup> testi tekrarlamak veya tezgâhtarın bir süre esaslı biçimde gözetmek

70 Bkz. Karapınar, s. 154 ve dn. 8'de anılan kaynaklar.

71 Bkz. Karapınar, s. 154 ve dn. 9'da anılan kaynaklar.

72 Bkz. Karapınar, s. 154 ve dn. 10'da anılan kaynaklar.

73 Bkz. Karapınar, s. 154 ve dn. 11'de anılan kaynaklar.

74 Kşl. K. Moritz, Grenzen der Verdachtskündigung, NJW, 1978, s. 406.

75 Kşl. BAG, AP Nr. 5; DB 1958, s. 574 ve s. 1009.

ve izlemek işverenden mutlaka beklenilecektir. Tezgâhtar böyle belirsiz şüpheyi gerektirici sebeplerin bulunması halinde işinden derhal çıkarılmayı hesaplamak ve süresiz fesih bildirimini beklemek zorunda olmayacaktır<sup>76</sup>. Aynı şey çalışma sürelerinin hatalı tescil edilmesi ve yanlış kaydedilmesi olayı için de geçerli olmaktadır<sup>77</sup>. Aynı şekilde burada da özel güveni gerektiren bir pozisyon bulunmamaktadır.

Buna karşılık, sigorta dolandırıcılığı nedeniyle suçlanan tasarruf sandığı müshahdeminin muhakemesinde durum nispeten güçleşmektedir<sup>78</sup>. Burada, sözde sahte olaydan yıllar sonra mahkemece verilen bir beraatın bir süresiz fesih bildirimini için yeterli bir neden olup olamayacağı konusunda esaslı sorun ortaya çıkmaktadır. Federal İş Mahkemesi'nin yeni kararlarında, fesih bildirimini takdiri ve değerlendirilmesi için ceza mahkemesinin kararının cüzi önemi olduğu belirtilmektedir<sup>79</sup>. Bununla beraber, "delil yetersizliğinden veya kanıt bulunmadığından dolayı" lekeli, diğer bir deyimle şüpheli ve şaibeli bir beraatın artık mevcut olmadığı (StPO. m. 260; CMUK. m. 196) gözden kaçırılmaktadır<sup>80</sup>. Oysa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun m. 6/II, yasal yoldan mahkum edilmemiş kişinin suçsuz gibi telakki edilmesini istemektedir<sup>81</sup>. Zira İnsan Haklarını Koruma Konvansiyonu m. 6/II'ye göre, bir suçtan dolayı sanığın, suçu yasal olarak kanıtlanıncaya kadar suçsuz olduğu kabul edilir. Aynı şekilde AY. m. 38/IV'na göre de, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz. Yine AY. m. 15/II uyarınca, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz (masumluk karinesi). Bundan başka, delil bulunmadığından dolayı eskiden beri alışımlı olan beraat, esasen geçmiş zamanın otorite sahibi görüşüne de uymaktadır<sup>82</sup>. Şüphe nedeniyle fesih bildirimini burada yapılan sınırlamasında sadece özel güveni gerektiren pozisyonlarda bir beraat önemsiz olmaktadır. Ayrıca normal durumlarda bir yargılama usulü hatası tek başına, süresiz fesih bildirimini haklı göstermek için yeterli değildir. Aynı şey nakliyecisi ile ilgili olay için de geçerlidir<sup>83</sup>. Zira aynı biçimde burada da, Federal Yüksek Mahkeme hizmet ilişkisinin (Dienstverhaeltnis) devamı için taşıyıcıya (Führunternehmer) bir hak vermek suretiyle böyle karar vermiştir. Benzer şekilde Federal İş Mahkemesi de suçlanan komünist ile ilgili olayda şüpheye dayanan fesih bildirimini, burada açıklanan anlamda sınırlı olarak uygulamıştır<sup>84</sup>.

##### 5. Usulsüz Yapılan Şüphe Nedeniyle Feshe Karşı Yaptırım Olanakları

Yargısal içtihat, usulsüz ve düşünülmeden yapılan ve sonuçları oldukça ağır olan şüphe nedeniyle fesih bildirimini önlemek için kimi yan koşulların gerçekleşmesini de istemektedir. Kimi Eyalet İş Mahkemeleri işverenin araştırma ve gerekçe

76 Bkz. Dn. 75'de zikredilen mahkeme kararı.

77 Bkz. Karapınar, s. 155 ve dn. 4'de anılan kaynaklar.

78 Kşl. BAG, AP Nr. 1 BGB. m. 626; DB 1955, s. 584.

79 Bkz. Karapınar, s. 155 ve dn. 6'da anılan kaynaklar.

80 Kşl. Moritz, NJW, 1978, s. 406.

81 Bkz. Daeubler, Streik und Aussperrung (Hrg. Kittner), 1973, s. 489; Schwerdtner I, s. 196; Ayrıca bkz. AY. m. 15/II ve m. 38/IV (masumluk karinesi).

82 Kşl. Moritz, NJW 1978, s. 406.

83 Kşl. BGH, NJW 1956, s. 1513; AP nr. 2 BGB. m. 611.

84 Bkz. Karapınar, s. 156 ve dn. 4'de anılan kaynaklar.

gösterme yükümünü olayın unsurlarından saymışlardır<sup>85,86</sup>. Buna göre, haklı bir nedene dayanmayan ve gerekçesiz olan fesih bildirimini hukuka aykırıdır<sup>87</sup>. Bundan başka, işçi dinlenilmeden yapılan bir fesih bildirimini de hukuka aykırı olmaktadır<sup>88</sup>. Ayrıca Eyalet İş Mahkemeleri, işveren fesih bildiriminden önce işçiyi dinlememişse, davayı işveren aleyhine sonuçlandırmışlardır. Ancak Federal İş Mahkemesi, bunu "hukuki şekilcilik" olarak terketmiş ve şüpheye dayanan fesih bildiriminin böyle bir şekil ve merasimle yapılması zorunluğunu kabul etmemiştir<sup>89</sup>. Zira fesih bildirimini beyanından önce işverenin suçlanan işçiyi dinleme yükümünü öngören yasal bir temel bulunmamaktadır.

Bununla beraber, Federal İş Mahkemesi, araştırma ve inceleme yükümünün ihlâlini gözetme yükümünün ihlâli olarak kabul etmekte ve işçiye tazminat isteme hakkını tanımaktadır<sup>90</sup>.

Diğer yandan, şüphe sonradan haksız görüldüğü takdirde, yargısal içtihat işçiye "yeniden işe iade" için bir hak tanımaktadır. Bundan başka, feshe karşı koruma davası (Kündigungsschutzklage) sonunda şüphe, fesih bildirimini nedeni olarak yeterli bulunmasına rağmen, işveren objektif iyi niyet kuralları uyarınca işçinin kişisel ve sosyal durumunu dikkate alarak işçiyi tekrar işe almak zorunda kalabilir. Böylece yeniden işe iadeyi talep hakkı, şüphe nedeniyle fesih bildiriminin sertliklerini ortadan kaldırmak veya en azından hafifletmek ihtiyacından doğmaktadır<sup>91</sup>.

Ayrıca Alman hukukunda her türlü fesih bildiriminden önce işveren işletme kurulunu dinlemek zorundadır. Aksi halde fesih bildirimini geçersiz olmaktadır (BetrVG. m. 102/I). Bu durumda işçinin işyerine dönmesi mümkün olabilmektedir (KSchG. m. 4 ve 9). İşletme kurulu üyesinin derhal işten çıkarılabilmesi ise, işletme kurulunun rızasına ve onayına bağlı bulunmaktadır (BetrVG. m. 103/I).

Hernekadar Türk hukukunda feshin haksız olması halinde, işyeri sendika temsilcisi dışında, işçinin işyerine dönmek ve yeniden işe iadeyi istemek hakkı bulunmamakta ise de, ihbar tazminatı (İşK. m. 13/C I), koşulları varsa kıdem tazminatı (İşK. m. 14), kötüniyet tazminatı (İşK. m. 13/C III) veya sendikal tazminat (SK. m. 31/VI) ile maddi ve manevi tazminat (İşK. m. 13/C IV) isteme hakkı bulunmaktadır. Buna karşılık, feshin haksız olması halinde, işyeri sendika temsilcilerinin işine iade edilmesini isteme hakkı bulunmaktadır (SK. m. 30).

Bundan başka, uygulamada toplu iş sözleşmelerinde, işverenin fesih bildiriminden önce işyeri disiplin kurulunun rızasını ve onayını alması yükümünün kararlaştırıldığı da görülmektedir.

85 Bkz. Karapınar, s. 34-36.

86 Kşl. BAGE 14, 65; NJW 1963, s. 1267; AP nr. 50, BGB. m. 626.

87 Bzk. BAG, AP nr. 16; RdA 1958, s. 439.

SK. m. 30'ne göre, işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akitlerinin haklı bir sebebe dayanmaksızın ve gerekçesi açıkça gösterilmeksizin feshedilmesi hukuka aykırı bir işlem olup geçersizdir.

88 Kşl. BAG, AP nr. 63; DB 1972, s. 1539; Esener, s. 266 vd.

89 Bkz. BAGE 16, 72; NJW 1964, s. 1918; JUS 1964, s. 500; BAG, NJW 1977, s. 1413.

90 Kşl. BAG, AP nr. 63; BAG, NJW 1977, s. 1413.

91 Kşl. Moritz, NJW 1978, s. 404.

## V. SONUÇ

İşverenin, iş sözleşmesini şüphe nedeniyle derhal feshedebilmesi için herşeyden önce suçlanan işçiye isnat edilen ağır ve ciddi bir suç şüphesi bulunmalı, şüpheyi gerektirici olay aydınlatılmamış olmalı, şüphe çürütülememiş veya ortadan kaldırılamamış olmalı, bundan dolayı işverenin işçiye olan güveni sarsılmış olmalı ve iş ilişkisinin fesih bildirim süresinin sonuna kadar devam ettirilmesi işveren yönünden artık beklenemez, tahammül edilemez ve çekilemez hale gelmiş olmalıdır. Ancak sayılan bu asli koşullarla birlikte bazı yan koşullar da gerçekleşmiş ise, artık işveren hizmet sözleşmesini bir suç şüphesi nedeniyle derhal feshederek suçlanan işçiyi işinden hemen çıkarabilecektir. Ancak sözü edilen koşullar fiilen gerçekleşmemişse, şüpheye dayanan süresiz fesih bildirim Alman hukukunda geçersiz sayılarak işçinin yeniden işine dönmesi mümkün olmakta, buna karşılık Türk hukukunda ise haksız fesih sayılmakta ve işyeri sendika temsilcileri dışında diğer işçilerin işyerine dönmeleri olanaksız olup<sup>92</sup>, sadece tazminat isteme hakları doğmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın da anılan bir kararında belirttiği gibi, iş yasasında işe iade veya eski işe nakil hususuna dair bir hüküm bulunmamaktadır<sup>93</sup>.

Çağdaş iş hukukunun en güncel sorunlarından biri de işverenin iş sözleşmesini tek taraflı fesih yetkisinin sınırlandırılmasıdır. İşçinin işinin devamlılığının korunması yönündeki çabalar modern iş hukukunun en belirgin özelliklerinden birini oluşturmaktadır. Bu amaçla birçok ülkelerde işverenin fesih bildirim hakkının geniş ölçüde sınırlandırıldığı görülmektedir.

Modern iş hukuku, fesih bildirim hakkından yararlanma açısından tarafları eşit kabul eden ve klasik liberal görüşlerin bir ürünü olan geleneksel anlayıştan giderek uzaklaşmaktadır. Fesih bildirim konusunda taraflar arasında mevcut olan eşitlik ilkesi artık yerini işçinin korunması ve iş güvencesi fikrine bırakmaktadır. Herşeyden önce işçinin sosyal nedenlerle feshe karşı korunması gerekmektedir. Nitekim Anayasamızın 49'uncu maddesinde yer alan hüküm, yasa koyucuya iş güvencesini sağlama görevini yüklemektedir. Zira AY. m. 49'na göre, çalışma herkesin hakkı ve ödevi olup, devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri almakla görevlidir.

İşçinin iş güvencesini sağlamak amacıyla işverenin fesih bildirim hakkı, yasa ile, hakkın kötüye kullanılması teorisinin uygulanması suretiyle ve sözleşme ile sınırlandırılmaktadır. İş sözleşmesinin feshinden sonra bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı araştırılmaktadır. Fesih bildirim hakkının sözleşme ile sınırlanması, örneğin iş sözleşmesini feshetme yetkisinin toplu iş sözleşmesi ile işçilerin de katıldığı yetkili bir kurulun iznine bağlı tutulması mümkündür.

Diğer yandan, işçiye karşı güvensizliğin bulunması, esasen işvereni süresiz fesih bildirim için yetkili kılmaktadır. Ancak Federal İş Mahkemesi, şüpheye

92 Kşl. Y. 9. HD., 27.12.1982, e. 9935, k. 10234 (İşveren D., C. XXI, Sayı 8, Mayıs 1983, s. 16).

93 Kşl. Dn. 92'de anılan Yargıtay kararı.

dayanan fesih bildirimini kötüye kullanılmasını, bu müesseseyi işçinin seçkin ve birinci derecede güveni gerektiren bir pozisyonun bulunduğu birkaç özel olaya inhisar ettirmek suretiyle önlemeye çalışmıştır.

Sonuç olarak anlaşılmaktadır ki, Federal İş Mahkemesi gerçekte sadece şüpheye dayanan fesih bildirimini ancak çok az olaylarda kabul etmektedir. Bu müesseseyi son zamanlarda kuvvetlendiren bu kurum hakkındaki genel düşünce, somut mahkeme kararları ile çelişkili bulunmaktadır<sup>94</sup>. Bununla beraber, özel ekonomiye ait olan ve özel teşebbüsü ilgilendiren hemen hemen bütün mahkeme kararlarında şüpheye dayanan fesih bildirimini sınırlı yorumlanmış bulunması, bu müessesenin Federal İş Mahkemesi tarafından da işçinin seçkin ve birinci derecede güveni gerektiren bir pozisyonunun bulunduğu birkaç özel olaya inhisar ettirilmesi gerektiğini doğrulamaktadır. Böylece Federal İş Mahkemesi'nin yargısal içtihadı fiilen takviye edilmiş bulunmaktadır. Bu suretle aynı zamanda iş ilişkisinin taraflarına da yardım edilmiş olmaktadır. Çünkü belirsiz ve oldukça çok rizikolu olan bir müessese böylece anlamlı bir alana ve kapsama inhisar ettirilmektedir. Böylece işverenler, şüpheye dayanan fesih bildiriminden kaçınacaklar ve herşeyden önce daha çok somut delil ve kuvvetli kanıt materyeli arayacaklardır.

Ayrıca İnsan Haklarını Koruma Konvansiyonu m. 6/II ve AY. m. 38/IV ve m. 15/II'de yer alan "masumluk karinesi" nin de şüpheye dayanan fesih bildirimini sınırlandırılmasında önemli bir rolü bulunduğu kuşkusuzdur. Zira İnsan Haklarını Koruma Konvansiyonu m. 6/II'ye göre, bir suçtan dolayı sanığın, suçu yasal olarak kanıtlanıncaya kadar suçsuz olduğu kabul edilmektedir. Aynı şekilde AY. m. 38/IV'na göre de, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz. Yine AY. m. 15/II uyarınca, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz (masumluk karinesi). Bundan başka, delil yetersizliğinden dolayı eskiden alışılmış olan beraat, esasen geçmiş zamanın otorite sahibi görüşüne de uymaktadır<sup>95</sup>. Ancak şüphe nedeniyle feshin burada yapılan sınırlamasında sadece özel güveni gerektiren pozisyonlarda bir beraat önemsiz kalmaktadır. Ayrıca normal durumlarda bir yargılama usulü hatası tek başına, süresiz fesih bildirimini haklı göstermek için yeterli değildir. Bu suretle "şüphe üzerine" fesih bildirimini, artık şüpheye dayanan fesih bildirimini olarak başarı şansı ile birlikte savunulamayacaktır.

94 Bkz. BAG, NJW 1977, s. 1413.

95 Kşl. Moritz, NJW 1978, s. 406.